

MARIANO PROTTO

Università di Torino

Tribunato e globalizzazione

1. Premessa. – 2. I tribuni della plebe. – 3. Il difensore civico come “guardiano” dei diritti fondamentali nei confronti dei nuovi poteri amministrativi. – 4. Tribunato e globalizzazione.

1. Premessa

Privatizzazione, liberalizzazione e, infine, globalizzazione sono fenomeni che hanno profondamente mutato la veste con cui si presenta il potere, mettendo in crisi gli istituti preposti dalle moderne costituzioni a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il potere pubblico perde i connotati tipici dell'autorità e la stessa forma pubblica per sostanzinarsi in forme privatistiche o, ancora più radicalmente, si assiste, al cospetto della globalizzazione, al declino del paradigma gerarchico che da sempre ha caratterizzato i poteri pubblici nazionali e all'assenza di regole generali in grado di governare l'organizzazione e il funzionamento dei poteri¹.

1 La letteratura sulla globalizzazione giuridica è sterminata: *ex multis*, W. TWINING, *General Jurisprudence – Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009; A. HALPIN, V. ROEBEN (cur.), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford-Portland 2009; M.R. FERRARESE, *Prima Lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012; ID., voce *Globalizzazione del diritto*, in *Annali IV dell'Enciclopedia del diritto*, Milano 2011; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit e l'état*, Paris 2003. Sulle diverse teorie della globalizzazione, v. W.I. ROBINSON, *Theories of Globalization*, in G. RITZER (cur.), *The Blackwell Companion*

La crisi dei tradizionali istituti di tutela del cittadino verso il potere induce a verificare se, rivisitando le intuizioni di Giuseppe Grosso², l'istituto del tribunato possa costituire un rinnovato baluardo delle libertà e dei diritti fondamentali.

2. I tribuni della plebe

Più di duemilacinquecento anni sono trascorsi dalla secessione della plebe sul Monte Sacro (493 a.C.), che condusse alla creazione dei tribuni della plebe³.

Il tribunato, costituendo una via privilegiata per valutare il ruolo della plebe nelle varie fasi della repubblica romana, è oggetto di larga discussione negli studi degli storici del diritto romano, cui conviene certamente rinviare⁴.

Più modestamente, uno degli aspetti che qui rileva è quello della genesi per così dire "rivoluzionaria" del tribunato, nell'ambito della lotta tra gli

to Globalization, Oxford 2007, 125 ss. Peraltro, la dottrina non è unanime nel prevedere il declino degli Stati e anzi, per certi versi, si sostiene che l'effetto della globalizzazione sia quello del loro rafforzamento (D. HELD, A. MCGREW, D. GOLDBLATT, J. PERRATON, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, Cambridge 1999, 14 ss.). La dicotomia tra declino e rafforzamento degli Stati non rappresenta adeguatamente il fenomeno in atto. Comune e condivisa è invece l'opinione che la globalizzazione comporti una trasformazione della concezione dello Stato (M. SHAW, *Theory of the Global State: Globality as an Unfinished Revolution*, Cambridge 2000; S. LEIBFRIED, M. ZÜRN (cur.), *Transformations of the State?*, Cambridge 2005).

2 G. GROSSO, *Il diritto di sciopero e l'“intercessio” dei tribuni della plebe; Riflessioni su Tacito, Ann. 3, 27, su Livio Druso padre e figlio e sul tribunato della plebe e Sul tribunato della plebe*, tutti in G. GROSSO, *Scritti storico giuridici*, vol. I, Torino 2000. Sul tribunato, cfr. altresì L. POLVERINI, *Il tribunato della plebe*, in *Il pensiero politico*, a. XL, n. 2, 2008, 360 ss., con ricca bibliografia; A. MASTROCINQUE, *Aspetti del Tribunato della plebe alle origini della repubblica*, in *Index 3*, 1972, 224 ss.; A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli 1977; G. LOBRANO, *Il potere del tribuno della plebe*, Milano 1983; W. EDER, *Zwischen Monarchie und Republik: Das Volkstribunat in der Frühen Römischen Republik*, in *Bilancio critico su Roma arcaica fra monarchia e repubblica (Atti dei Convegni Lincei)*, vol. C, Roma 1993, 97 ss.

3 Su tale ricorrenza v. P. CATALANO, G. LOBRANO, *Promemoria storico-giuridico del XXVII seminario internazionale di studi storici. Da Roma alla terza Roma*, Roma, 19-21 aprile 2007.

4 G. GROSSO, *Lezioni di storia del Diritto romano*⁵, Torino 1965, 79, critico sulle ricostruzioni fondate su una differenza etnica tra plebei e patrizi; ID., *Appunti sulla valutazione della plebe nella tradizione storiografica conservatrice*, in *Index 7*, 1977, 157 ss.

ordini patrizio e plebeo⁵.

L'accordo fu trovato riconoscendo alla plebe di dotarsi di propri rappresentanti inviolabili, ai quali spettasse il diritto di difendersi dai consoli, e prevedendo che a nessuno dei patrizi sarebbe stato permesso assumere questo ruolo⁶.

Il tribunato nasce quindi come risposta legale e costituzionale di un nuovo ordine che facesse fronte, anzitutto, alle intollerabili offese della nobiltà.

Sarà Machiavelli a tratteggiare in modo lucido ed irripetibile la genesi dei tribuni, osservando che: *“E però dopo molte confusioni, romori e pericoli di scandoli che nacquero intra la Plebe e la Nobiltà, si venne per sicurtà della Plebe alla creazione de' Tribuni; e quelli ordinarono con tante preminenzie e tanta riputazione che poterono essere sempre dipoi mezzi intra la Plebe e il Senato, e ovviare alla insolenzia de' Nobili”*⁷.

Se la sicurezza della plebe è senza dubbio il compito primario e originario del tribunato, è proprio quell'essere “mezzi” tra la plebe e il Senato che ha attirato l'attenzione degli studi successivi e in cui si esprime quel fondamentale potere dei tribuni che era l'*intercessio*, espressione che appunto contiene il mettersi o stare “in mezzo”, il frapporsi o fare ostacolo, il potere d'“intercedere”, ossia di veto che, sulla base dello *ius auxilii*, arrestava il compimento di qualunque atto costituzionalmente rilevante degli organi cittadini, in origine specialmente del magistrato patrizio, pregiudizievole alla plebe o al singolo plebeo.

E' in questo straordinario potere che risiede il secondo aspetto rilevante in questa sede: potere che identifica non solo un ruolo solo “difensivo” della plebe, un “potere negativo”⁸, ma nella prospettiva machiavelliana un

5 J.C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine*, Roma 1978, 3 ss. sulle diverse teorie sull'origine del dualismo patrizio-plebeo.

6 Dalla narrazione di Tito Livio (*Ab urbe condita*, II 33, 1), “*agi deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones ut plebi sui magistratus essent sacrosancti quibus auxilii latio aduersus consules esset, neue cui patrum capere eum magistratum liceret. ita tribuni plebei creati duo, C. Licinius et L. Albinus; hi tres collegas sibi creauerunt. in his Sicinius fuisse, seditionis auctorem; de duobus, qui fuerint, minus conuenit. Sunt qui duos tantum in Sacro monte creatos tribunos esse dicant, ibique sacratam legem latam*”.

7 N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, con Introduzione di G. Sasso, Milano 1984, I.3. Su tale riflessione, v. *amplius* M. REALE, *Machiavelli, Discorsi*, I, 3: «*quali accidenti facessero creare in Roma i Tribuni della plebe*», in M. FAILLA, F. TOTO (cur.), *Per una politica del concreto. Studi in onore di Roberto Finelli*, Roma 2017, 11 ss.

8 Questa connotazione negativa del potere di *intercessio* ha caratterizzato solo la prima fase del tribunato, come ampiamente dimostrato da G. GROSSO, *Appunti sulla valutazione cit.*, e senza dubbio caratterizza la storiografia ottimatizia (in Livio vedi già in *Ab urbe cond.*, II, 1, 5).

presidio a “guardia della libertà”, un potere quindi più ampio della semplice intercessione difensiva.

E’ stato Rousseau ad individuare nel tribunato il *conservateur des lois et du pouvoir législatif* con il compito talvolta di servire à *protéger le souverain contre le gouvernement, comme faisaient à Rome les tribuns du peuple*⁹, osservando altresì come la sua istituzione costituisse il *plus ferme appui d’une bonne constitution*.

Al tribunato viene definitivamente riconosciuto il ruolo di *difensore delle leggi*, inteso come difensore della volontà dell’universalità dei cittadini sovrani, quindi una funzione non meramente giurisdizionale, ma politica in senso pieno.

Come noto, il tribunato si è eclissato durante l’esperienza dello Stato di diritto, in cui l’idea di un’istituzione impeditiva si trasforma nel semplice controllo di costituzionalità nell’ambito della divisione dei poteri, tanto che le Costituzioni liberali del tempo respinsero sostanzialmente ogni istituzione di tipo tribunizio, nonché il diritto di resistenza¹⁰.

Altrettanto noto è che, nel corso del XX Secolo, il tribunato torna prepotentemente in molti discorsi attorno alla crisi dello Stato e del modello di separazione dei poteri adottato dal costituzionalismo liberale, che hanno accompagnato la diffusione di istituzioni quali lo *ombudsman*, il *defensor del pueblo*, il difensore civico, in cui non è difficile scorgere reminiscenze del potere tribunizio.

3. Il difensore civico come “guardiano” dei diritti fondamentali nei confronti dei nuovi poteri amministrativi

Non è questa la sede per l’analisi della disciplina e dei poteri riconosciuti al difensore civico¹¹, non potendo peraltro esimersi dall’evidenziare gli alti e

9 J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, nell’edizione di Amsterdam del 1762, Libro V, cap. V, 278, prosegue così nel descrivere il tribunato: “*le Tribunal n’est point une partie constitutive de la cité, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l’exécutive: mais c’est en cela même que la sienne est plus grande: car, ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher. il est plus sacré et plus révééré, comme défenseur des lois, que le prince qui les exécute, et que le souverain qui les donne. C’est ce qu’on vit bien clairement à Rome, quand ces ers patriciens, qui méprisèrent toujours le peuple entier, furent forcés de fléchir devant un simple officier du peuple, qui n’avait ni auspices ni juridiction*” (279).

10 P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, 40.

11 Sulla figura del difensore civico nel diritto nazionale, cfr. *ex multis*, A. CAPUTO, *Un difensore civico per la repubblica. Difesa dei diritti dell’uomo e del cittadino nell’Unione*

bassi della legislazione in materia tra soppressioni e ripensamenti, come la recente istituzione del difensore civico digitale¹².

Appare invece opportuno occuparsi più limitatamente del ruolo del difensore civico a fronte della mutazione del potere pubblico in forme privatistiche, che non attengono solo alla veste dell'ente, ma al sempre più frequente ricorso al diritto privato.

Tale mutazione sta alla base della recente autorevole prospettazione di un nuovo diritto comune¹³, inteso come il diritto delle tecniche di tutela degli interessi, indifferente alla loro natura pubblica e privata e rimesso alla scelta del legislatore, di talché «*quando il legislatore, cioè la volontà politica, decide di tutelare un interesse mercé una data tecnica, è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato*» e ciò perché «*non c'è, né ci fu in epoche del passato, un catalogo di interessi privati o di interessi pubblici [...] ciò che è privato oggi può divenire pubblico domani; ciò che è pubblico oggi può divenire privato domani*»¹⁴.

Si prospetta così un diritto comune non come diritto del codice civile, ma come diritto della molteplicità dei corpi normativi, un diritto dei mezzi e non dei fini, un diritto «delle tecniche di scelta di protezione, di rifiuto o di accoglimento nelle forme di tutela giurisdizionale».

Peraltro, è evidente che la scelta del legislatore di individuare la tecnica del diritto privato per lo svolgimento dell'attività amministrativa comporta la perdita di un sistema di disciplina più articolato: assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai principi di corrispondenza fra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, rilevanza di interessi di terzi, la fruibilità di tutela in forma specifica.

Si tratta del sistema disciplinare edificato storicamente sulla tecnica prima dell'atto amministrativo¹⁵ e poi della funzione amministrativa, ma che,

Europea, Soveria Mannelli 2012; M. SICA, *Il difensore civico nell'ordinamento regionale*, Milano 1993 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

12 Cfr. il nuovo comma 1 *quater* aggiunto all'art. 17 Codice dell'amministrazione digitale dal d.lgs. n. 179 del 2016.

13 La dottrina (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, 1967, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 723) in passato aveva già rilevato che: «*diritto pubblico e diritto privato nel senso tradizionale del termine sono due episodi marginali: in mezzo ai quali c'è tutta una realtà che non si può definire né di diritto pubblico né diritto privato: appunto il diritto comune*». Sul ruolo di Giannini nel rilancio della prospettiva del "diritto comune", cfr. U. ALLEGRETTI, *Il valore della costituzione nella cultura amministrativistica*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 771 e 782.

14 N. IRTI, *Prefazione* a V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011, IX ss.

15 D. SORACE, *Promemoria per una per una nuova "voce": Atto amministrativo*, in *Scritti*

ove ad essa si sostituisca la tecnica del contratto e dell'obbligazione, imporrebbe la necessità non di meno ma di più regole¹⁶ per compensare quella perdita disciplinare¹⁷.

Tale perdita di tutela degli interessi e dei diritti dei cittadini, richiederebbe una apposita normazione in grado di attribuire rilevanza agli interessi di terzi che non avrebbero cittadinanza nel diritto privato e che rimetterebbe, in definitiva, al legislatore la scelta di quali interessi tutelare, non escludendosi tuttavia la possibilità di una revisione degli istituti del diritto privato volta ad attribuire rilevanza ai diritti dei terzi¹⁸.

In particolare, ciò richiederebbe il definitivo e generalizzato accoglimento della cd. *Drittwirkung* dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, quale è il rapporto che si viene a configurare tra il cittadino e l'ente privatizzato¹⁹.

Si tratterebbe peraltro di un'evoluzione rispetto alla quale dottrina e giurisprudenza mostrano ancora cospicue perplessità, di qui l'esigenza sopra evidenziata che sia lo stesso legislatore ad attribuire rilevanza e, quindi, giustiziabilità alle posizioni del cittadino.

A fronte di tali difficoltà sembra invece possibile prospettare un nuovo ruolo del difensore civico che ne valorizzi l'eredità tribunitia di essere "mezzo" tra il cittadino ed il potere, in ragione della quale esso può intervenire direttamente nel rapporto amministrativo²⁰, indipendentemente dalla

in onore di M.S. Giannini, vol. III, Milano 1988, 745 ss. in part. 765 ss.

16 C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pub.*, 1995, 393 ss., *passim*.

17 Sugli effetti della logica privatistica della libertà e dell'autonomia sulla recente crisi finanziaria e sulla riproposizione, seppure in termini nuovi ed originali, della centralità della logica pubblicistica, cfr. L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA, A. ZOPPINI, *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli 2012, 57 ss.; C. HARLOW, *The « Hidden Paw » of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. DYPRENHAUS, M. HUNT, G. HUSCROFT (cur.), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of M. Taggart*, Oxford-Portland 2009, 75 ss.

18 C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni cit.*, 418.

19 Cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*², Milano 2011, 78, il quale, con la consueta limpidezza, riferisce di una "applicazione diretta" delle norme costituzionali e aggiunge che: «(...) Le norme imperative (...) possono risultare non solo dalle leggi ordinarie, ma anche dalla Costituzione». In merito, si è osservato che non mancherebbe del tutto la mediazione della legge ordinaria: il punto è chiarito da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, 41. Sulla questione della *Drittwirkung* cfr. da ultimo E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 s.

20 Per il nuovo corso della riflessione sul rapporto amministrativo si veda A. PIRAS,

natura pubblica o privata della disciplina del rapporto medesimo.

Proprio tale primigenia caratteristica, sembra collocare pienamente il difensore civico nell'ambito del rapporto amministrativo, definibile come *sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne e interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazione e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali*²¹.

Interesse legittimo e giudizio amministrativo, Milano 1962, *passim*; M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., e II, ivi, 1964, in part. 12 ss., ora in M.S. GIANNINI, *Scritti giuridici*, vol. V (1963-1969), Milano 2004, 223 ss., in part. 271; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano 1970, 255 ss.; G. BERTI, *Il «rapporto amministrativo» nella costituzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Roma 1977; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980; M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Scritti giuridici di Mario Nigro*, vol. III, Milano 1996, 1881 ss.; F.G. SCOCA, voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma 1989, 11; ID., *Caratteri generali del processo amministrativo*, in F.G. SCOCA (cur.), *Giustizia amministrativa*, Torino 2003, in part. 146; più recentemente A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova 2001, 485 ss.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino 2000, in part. 65; G.D. COMPORTI, *Amministrazione e cittadino*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (cur.), *Persona e amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, Torino 2004, 3 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005, *passim*, in part. 286 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza*, Napoli 2005; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, Torino 2005, 36 e V. ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova 2008, 7 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino 2008, 255.

21 M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008, 6 e 106 ss., ove ulteriori precisazioni sul carattere meramente descrittivo della definizione, che deriva dalla collazione delle definizioni finora elaborate dalla dottrina tedesca, in particolare della definizione di rapporto amministrativo di H.J. WOLFF, O. BACHOF, R. STROBER, *Verwaltungsrecht*¹⁰, vol. I, München 1994, 403: «Oberbegriff für alle zwei- und mehrseitigen Außen- und Binnen- beziehungen zwischen der Verwaltung und einer Zivilperson, welche die sich aus einer rechtlichen Regelung ergebenden gegenseitigen Rechte und Pflichten betreffen und der Verwirklichung der besonderen Aufgaben des Verwaltungsrechts als auch der Grundrechte der davon Betroffenen dienen sollen. Darüber hinaus handelt es sich auch bei Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Verwaltungsträgern um Rechtsverhältnisse» e di quelle più orientate alla dimensione temporale di P. HÄBERLE, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – eine Problemskizze*, in *Die Verfassung der Pluralismus. Studien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Regensburg 1980, 248 ss., in part. 264: «Das VRV ist [...] ein

Se si accetta tale prospettiva, il rapporto amministrativo diventa la sede per l'attuazione concreta, nella materialità della relazione, dei diritti fondamentali con riferimento alla realtà fenomenica del rapporto tra amministrazione e cittadino ed indipendentemente dalla disciplina applicabile.

La privatizzazione implica infatti il superamento dei tradizionali modelli dell'ente pubblico, del potere amministrativo e del provvedimento e del procedimento amministrativo e quindi dei consueti mezzi di tutela giurisdizionali fondati su tali modelli e, al tempo stesso, mette a nudo il rapporto diretto tra il potere e il cittadino che proprio quei modelli avevano in passato contribuito ad oscurare.

Ed è direttamente nella relazionalità del rapporto amministrativo che si può svolgere la tutela del difensore civico, che proprio per essere "mezzo" tra il cittadino e il potere pubblico ormai diventato privato potrà patrocinare, più del giudice, i diritti e le libertà fondamentali del primo contro il secondo.

4. Tribunato e globalizzazione

Se la privatizzazione degli apparati pubblici ha reso particolarmente attuale la questione della tutela dei diritti fondamentali nei confronti di poteri (divenuti) privati, il crescente fenomeno della globalizzazione ha contribuito a complicare ulteriormente la situazione, ponendo la necessità di attribuire ai diritti fondamentali non soltanto un ruolo negativo di difesa, ma una funzione positiva nell'ambito di regimi non più pubblici, ma ormai governati dal diritto privato.

Mentre condivisa è la constatazione dell'inadeguatezza di fronte alla globalizzazione del costituzionalismo contemporaneo, ancora troppo legato ad una visione stato-centrica²², diverse sono invece le tesi che intendono rispondere alla sfida del costituzionalismo senza Stato.

Bezugsrahmen für die beidseitigen Rechte und Pflichten von Bürger bzw. Verwaltung, und es bildet eine offene Struktur in der Zeit. Es konstituiert den Gesamtzusammenhang, die „Summe“ für eine Fülle von Einzelelementen mit (Teil-)Rechten und Pflichten im „Administrativrecht“» e H.G. HENNEKE, Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, in NuR, 1991, 267 ss., in part. 274, secondo cui «Unter einem Rechts- verhältnis ist ein zusammenhängendes, au Dauer angelegtes bzw. sich entwickelndes System verschiedener Rechte und Pflichten, Befugnisse und Lasten zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten zu verstehen».

22 D. GRIMM, *The achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (cur.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, 3 ss.; M. LOUGHLIN, *What Is Constitutionalisation?*, ivi, 47 ss.; C. FRIED, *Constitutionalism, Privatization, and Globalization*, in *Cardozo Law Review*, 2010, 1091 ss.

Un consiglio sicuramente accettabile è quello di evitare l'errore di ritenere che la globalizzazione sia un fenomeno che interessa solo l'economia e di considerare che, invece, il carattere naturalmente policentrico della globalizzazione coinvolga necessariamente molteplici sottosistemi della vita sociale, alcuni dei quali tradizionalmente governati secondo una logica pubblicistica all'interno degli Stati, come la scienza, la cultura, la tecnologia, la salute, il settore militare, i trasporti, il turismo e lo sport, ed inoltre, sebbene con un certo ritardo, la politica, il diritto e il *welfare*.

Tali sottosistemi, ormai globalizzati, stanno sviluppando un'esorbitante richiesta di norme giuridiche e, poiché le tradizionali istituzioni nazionali o internazionali non riescono a far fronte a tale richiesta, essa viene soddisfatta attraverso un autonomo ricorso al diritto, ossia alla creazione di "*regimi giuridici privati a carattere globale*", con proprie fonti del diritto, che si situano al di fuori delle sfere di produzione normativa nazionale e dei trattati internazionali.

Destinato a tramontare il tentativo di elaborare un'unica Costituzione applicabile a livello globale²³ si prospetta quindi la creazione di molteplici e differenziate "*costituzioni civili*" nell'ambito di un diritto globale senza Stato²⁴, cui fa *pendant* l'abbandono della legge e del provvedimento per il contratto²⁵.

Ma qui il problema non è solo e soltanto riconoscere che i diritti fondamentali abbiano un'efficacia orizzontale diretta nell'ambito di rapporti che ormai, a livello globale, hanno solamente natura privatistica, ma quello di attribuire prima di tutto ai diritti fondamentali cittadinanza globale e una dimensione istituzionale.

Secondo alcuni osservatori, la fonte dei diritti fondamentali nel diritto globale sarebbe costituita dalla *colère publique*²⁶: tale osservazione, sebbene criticata da parte di altra dottrina, trova conferma nella prassi, per la quale lo scoppio di uno scandalo sulle pratiche discutibili delle imprese multinazionali determina diffusi movimenti di protesta e, in alcuni casi, ha condotto giudici nazionali ed internazionali a riconoscere tutela ad individui anche nei confronti di attori privati multinazionali²⁷.

23 Tesi accolta, tra gli altri, anche da filosofi politici come J. HABERMAS, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità*, in ID., *L'Occidente diviso*, Roma-Bari 2005, 107 ss.

24 G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano 2012, *passim*.

25 F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, 93 ss.

26 E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Torino 1999, 99 ss.

27 Cfr. ampiamente la casistica riportata in D. OLIVER, J. FEDTKE (cur.), *Human Rights*

Peraltro la logica per così dire “curiale”, ossia il ritenere che comunque vi sarà un giudice che, nell’ambito di una controversia, potrà tutelare il diritto dell’individuo nei confronti di una multinazionale, si appalesa insoddisfacente perché all’interno di un procedimento giudiziario, confrontare un diritto fondamentale dell’individuo contro una multinazionale risulta del tutto inadeguato.

Infatti, in tale logica, si dovrebbe concludere che i diritti fondamentali non avrebbero statuto fin dall’inizio, ma solo in ragione della loro violazione e della conseguente reazione di indignazione e, infine, della sanzione giudiziaria.

Nell’ambito di costituzioni civili auto-prodotte a livello globale è necessario spostare l’effettività del diritto fondamentale dal carattere episodico dei rapporti interpersonali al superiore livello istituzionale, affinché tale diritto diventi esso stesso limite e criterio funzionale per l’esercizio di poteri da parte degli attori transnazionali.

Se, quindi, la lotta per i diritti fondamentali nella globalizzazione non potrà avvenire solamente nell’agone giudiziario, pare sensato prospettare la possibilità che possano diffondersi istituti a livello globale con le caratteristiche e prerogative proprie del tribunato.

L’istituzione potrebbe avvenire proprio sull’onda dei sopra richiamati movimenti di protesta, in ragione di quella genesi “rivoluzionaria” che ha caratterizzato storicamente la nascita del tribunato.

Non si tratterebbe della reazione della plebe all’*insolentia de’ Nobili*, ma alle pratiche degli attori globali contrarie ai diritti fondamentali degli individui, che potrebbe condurre alla creazione di istituzioni tribunizie, il cui fine certo sarebbe quello di tutela dei diritti, peraltro secondo meccanismi diversi da quelli giudiziari.

Tali istituzioni potrebbero svolgere, come in passato, una missione politica in senso ampio rispetto all’episodicità della decisione del giudice, nel senso che il loro intervento non sarebbe limitato alla soluzione del singolo conflitto interindividuale, ma avrebbe gli effetti di concorrere ad istituzionalizzare i diritti fondamentali nell’ambito di costituzioni globali frammentarie e differenziate.

and the Private Sphere: A Comparative Study, New York 2007; D. DE SCHUTTER (cur.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford 2006; S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights*, Oxford 2004.